

O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE: ANÁLISE PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL DE TRATADO INTERNACIONAL DE CARÁTER *SUPRALEGAL*

*THE LEGAL CONTROL OF CONVENTIONALITY: ANALYSIS BY THE SUPREME FEDERAL
COURT OF INTERNATIONAL SUPRALEGAL TREATY*

João Vitor Jochem Pereira ^A

 <https://orcid.org/0009-0000-2500-0814>

Clenio Jair Schulze ^B

 <https://orcid.org/0000-0001-5508-2451>

^A Pós-graduado em Direito Público – FURB. Bacharel em Direito pela FURB. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2611772957187083>

^B Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Juiz Federal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8948874571106150>

Correspondências: jvpereira@hotmail.com, clenio.schulze@trf4.jus.br

DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2024.54574>

Artigo submetido em 19/09/2020 e aceito em 22/10/2023

Resumo: Este artigo trata sobre o controle de convencionalidade de tratado de Direitos Humanos de caráter *supralegal* no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O problema observado está centrado na possibilidade do STF, em via difusa, realizar a compatibilização de normas infraconstitucionais ou de norma constitucional tendo como parâmetro norma internacional de Direitos Humanos não internalizada pelo rito do parágrafo terceiro do artigo quinto da Constituição Federal. A hipótese é que, em razão do caráter materialmente constitucional dos tratados de Direitos Humanos e da não exclusão do âmbito dos direitos fundamentais dessas normas, pelo exposto no parágrafo segundo do artigo quinto da Constituição, o STF pode realizar o chamado controle de convencionalidade, utilizando-se dessas normas como paradigma. Por fim, constata-se que os Direitos Humanos são normas de caráter materialmente constitucional e merecem a proteção da Suprema Corte. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo e a técnica de pesquisa a bibliográfica.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade; Supremo Tribunal Federal; Direitos Humanos; *Supralegalidade*; Direito Internacional.

Abstract: This article deals the possibility of conventionality *control* of a *supralegal* Human Rights Treaty *by* the Supremo Tribunal Federal. The problem is centered on the possibility of the STF, in a diffuse way, do the compatibility of infraconstitutional norms or constitutional norm having as parameter International Human Rights norm not internalized by the rite of third paragraph of fifth article of the Federal Constitution. The hypothesis is that due to the materially constitutional character of the Human Rights Treaties and the non-exclusion from the scope of the fundamental rights of these norms, as stated in second paragraph of fifth

article of the Federal Constitution of Brazil, the national Supreme Court can do the conventionality control, using these rules as a paradigm. The work has the general objective of verifying the jurisdictional competence of the STF to control the conventionality of national norms in relation to international human rights treaties not internalized by the qualified quorum. Finally, verify that Human Rights are rules of a material constitutional nature and deserve the protection of the Supreme Court. The approach method used was the deductive and the bibliographic research technique.

Keywords: Conventionality Control; Supremo Tribunal Federal; Human Rights; *Supralegality*; International Law.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a possibilidade do controle de convencionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal – STF acerca de normas infraconstitucionais, que tem como paradigma os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. Ou seja, é um estudo sobre a capacidade do STF realizar o controle de convencionalidade de norma infraconstitucional, utilizando Tratados Internacionais de Direitos Humanos não internalizados ao direito brasileiro pela sistemática do art. 5º, § 3º da Constituição Federal.

A pesquisa tem como objetivo constatar a competência jurisdicional do STF para o controle de convencionalidade de normas nacionais em relação a Tratados Internacionais de Direitos Humanos não internalizados pela sistemática estabelecida na Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Como objetivos específicos, far-se-á a análise do que são os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e qual a sua hierarquia normativa; a análise e identificação das formas de controle jurisdicional de convencionalidade; e a análise da competência do STF para realizar o controle de convencionalidade tendo como paradigma os tratados não internalizados.

A justificativa do estudo baseia-se inicialmente na aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, na qual os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil podem ser considerados equivalentes às emendas constitucionais, quando submetidos, a sua aprovação, ao quórum qualificado de três quintos pelas duas casas do Congresso Nacional. Com a aprovação dessa emenda constitucional, passou-se a discutir

a o valor hierárquico dos tratados não internalizados no sistema jurídico brasileiro pela sistemática do § 3º do art. 5º da CRFB/88.

Deste modo, o tema levanta um debate jurídico que atravessa a análise das normas constitucionais e das normas internacionais. Face à atualidade do debate e a relevância do assunto, pois se trata de matéria constitucional e de Direitos Humanos assegurados por Tratados Internacionais, exige-se uma investigação jurídica para o tema, bem como justifica o estudo do presente artigo.

Em relação à metodologia foi utilizado o método dedutivo, ou seja, parte-se dos planos mais abrangentes em direção aos mais específicos. Adota-se como técnica de pesquisa a do tipo bibliográfica e documental, baseada em conhecimentos doutrinários especializados já existentes sobre o tema, publicados em livros, jornais, revistas, artigos científicos especializados, produtos acadêmicos como dissertações e teses e demais bibliografias impressas, pesquisa em meios eletrônicos, na jurisprudência emanada da interpretação dos tribunais brasileiros e nos documentos legislativos atuais que disciplinam a matéria. Portanto, os dados coletados para fundamentar esta pesquisa bibliográfica são provenientes de documentos impressos, digitais ou digitalizados.

2 TRATADOS INTERNACIONAIS: CONCEITOS E HIERARQUIA DAS NORMAS INTERNACIONAIS

A Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969, promulgado no Brasil pela Lei nº 7.030/2009, em seu art. 2º, define tratado como sendo “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica” (Brasil, 2009).

Os Tratados Internacionais são considerados, no âmbito do Direito Internacional, fontes de direito, assim como os costumes internacionais e os princípios gerais do direito, desta forma é definido pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça - CIJ.

Essas normas internacionais são a principal fonte do Direito Internacional, pois representam a vontade direta dos Estados ou Organizações Internacionais que o ratificaram, que aceitam de forma democrática regular relações jurídicas através de uma norma comum. No entanto, não é possível afirmar que exista uma hierarquização das fontes ou mesmo das

normas de Direito Internacional. A exceção fica apenas com as normas *jus cogens*, as normas de caráter imperativo do Direito Internacional, conforme será verificado em seguida.

No âmbito do Direito Internacional público é possível distinguir as normas internacionais em duas categorias. A primeira categoria compreende as normas de direito dispositivo (*jus dispositivum*), que constituem a maioria, e buscam satisfazer interesses particulares e comuns dos Estados, sendo passíveis de serem negadas em sua aplicabilidade ou sujeitas a alterações. A segunda categoria são as normas de direito imperativo (*jus cogens*), em número reduzido em relação à primeira categoria, estas normas não admitem a modificação ou exclusão do seu conteúdo. Regulamentam valores e interesses coletivos essenciais da comunidade internacional. Em razão de sua imperatividade e obrigatoriedade, subentende-se que estão em um nível hierárquico superior às demais normas internacionais.

A Convenção de Viena de 1969, em seu artigo 54, em que trata sobre as normas *jus cogens*, dispõe:

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza (BRASIL, 2009).

Apesar de ser difícil expor um rol taxativo de normas que configurem o caráter imperativo destas, é possível perceber que as normas de proteção aos Direitos Humanos se encontram muito bem resguardadas por este caráter imperativo e obrigatório.

Segundo Rezek (2014, n. p.) desde os primeiros registros de Tratados Internacionais, esses documentos possuíam caráter costumeiro, ou seja, estavam sempre ligados a práticas consideradas corretas e reiteradas pela coletividade dos Estados. Esse caráter dos tratados permanece ainda hoje. A diferença dos dias atuais está na complexidade dos tratados multilaterais, anteriormente envolviam-se apenas dois agentes. Outra mudança ocorreu com a constitucionalização e democratização dos Estados, antes representados por um soberano, hoje o processo conta com a participação órgãos estatais de representação popular, que não possui comunicação direta com o exterior, o que originou a fase interna na elaboração dos Tratados Internacionais.

Conforme explica Rezek (2014, n. p.), com todo o desenvolvimento do processo de elaboração de normas internacionais, no surgimento da fase interna, as comunidades jurídicas nacionais passaram a analisar de forma distinta o “Direito dos Tratados” no contexto do Direito Internacional público e o “Direito dos Tratados” no contexto do Direito Constitucional.

Com essa divisão na forma de se tratar o direito dos tratados, desenvolveu-se a teoria dualista, que fundamenta o Direito Internacional público. Conforme esclarece Sala (2007, p. 30) segundo esta corrente, de postura realista, o Direito Internacional e o Direito Interno são ordens jurídicas distintas e independentes. As normas internacionais apresentam apenas compromissos externos dos Estados, de forma que não podem influir de forma automática na ordem jurídica estatal interna, se o que foi pactuado não for incorporado pelo processo constitucionalmente previsto. Essa teoria é defendida em nome do interesse e da soberania dos Estados, o que acaba tornando precário o Direito Internacional.

A teoria que se opõe à Dualista é a teoria Monista. Para esta teoria o Direito Internacional e o Direito Interno formam uma unidade jurídica, podendo ser consideradas ramos diferentes do direito, porém em conjunto num único ordenamento jurídico. Segundo Sala (2007, p. 30), o fundamento do Direito está em princípios gerais com base em ideias e valores como a paz e a justiça.

No Brasil, o atual art. 84, inciso VIII, da Constituição brasileira (1988), trata da internalização dos tratados ao ordenamento jurídico nacional. Por expressa disposição na Carta Magna, compete privativamente ao Presidente da República celebrar Tratados Internacionais e de acordo com o art. 49, inciso I, cabendo exclusivamente ao Congresso Nacional resolver sobre Tratados Internacionais. Portanto, primeiramente o tratado é criado e ratificado pelo presidente ou pelo plenipotenciário, que configura a fase externa. Em seguida, para que tenha efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso que seja internalizado, quando será apreciado pelo Congresso Nacional, essa é a chamada fase interna. O trâmite para aprovação sempre inicia pela Câmara dos Deputados e em seguida é revisado pelo Senado Federal.

Assim, percebe-se que o Brasil não adota a teoria Monista, pois necessita de apreciação do tratado por órgãos internos para que este tenha aplicabilidade no ordenamento brasileiro. Segundo o ministro Celso de Mello, na decisão proferida no julgamento da ADI nº 1.480-3/DF (Brasil, 2001), o sistema brasileiro é considerado “Dualista moderado”, pois

precisa de aprovação do Congresso Nacional, porém não é necessária a edição de uma lei para que o tratado tenha validade no ordenamento jurídico interno. Segue fundamentação do voto do eminente ministro.

Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro – que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) – satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos Tratados Internacionais, com adoção do *iter* procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada) (Brasil, 2001, grifo nosso).

Essa complexidade da aplicação de normas internacionais no Direito Interno foi amplamente discutida no Brasil, principalmente após a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Conforme observado anteriormente, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, por conta de sua matéria, possuem uma força maior em relação às demais normas. O mesmo ocorre no ordenamento jurídico interno, havendo, portanto, uma maior discussão sobre qual seria a sua hierarquia nesse ordenamento.

Os parágrafos primeiro e segundo do artigo quinto da Constituição atribuíram aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos hierarquia constitucional, sendo estes dotados de obrigatoriedade, ou seja, trata-se de norma *jus cogens*.

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou-se à Constituição Federal o § 3º em seu art. 5º, que traz a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Nesse contexto, a norma constitucional fez surgir divergências doutrinárias quanto a matéria em questão.

Segundo Mazzuoli (2009, p. 29) esta alteração da Constituição pretendeu colocar em debate o *status* dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, porém é um exemplo claro da falta de compreensão e interesse do legislador nacional em relação as conquistas já alcançadas pelo Direito Internacional, uma vez que as normas de Direitos Humanos já possuem *per se* obrigatoriedade e com a criação do § 3º do art. 5º cria-se um excesso de formalismo jurídico que compromete a eficácia destas normas. A responsabilidade internacional do Estado por violações humanitárias comprovadas permanece intocada,

independentemente das formalidades impostas para a internalização desta norma no ordenamento jurídico nacional.

Ainda segundo Mazzuoli (2009, p. 43), tecnicamente os Tratados Internacionais com a temática de Direitos Humanos já possuem *status* de norma constitucional por força do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual os direitos e garantias expressos não excluem os princípios adotados e os tratados dos quais o Brasil seja parte. Dessa forma, para Mazzuoli (2009, p. 43), com essa premissa, pode-se excluir o entendimento de que os tratados de Direitos Humanos não internalizados pelo rito do § 3º do art. 5º da Constituição equivaleriam a Lei Ordinária Federal.

Esse também é o entendimento de Piovesan (2008, p. 27), que afirma a hierarquia constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos sustentada na interpretação do § 2º do art. 5º da Constituição Federal. A autora ainda afirma que seria mais adequado que o § 3º, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, endossasse a hierarquia formalmente constitucional dos tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

A partir da aprovação da Emenda nº 45/2004, conforme expresso no art. 5º, § 3º, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil podem ser considerados equivalentes às emendas constitucionais, quando submetida a sua aprovação ao quórum qualificado de três quintos pelas duas casas do Congresso Nacional. Assim, pode-se depreender que os tratados de Direitos Humanos que foram apenas ratificados pelo Brasil não possuem o caráter de norma constitucional.

De forma contrária, Barroso (2012, n. p.) afirma que o entendimento dominante dentre os doutrinadores brasileiros sempre foi de que os tratados e convenções internacionais são internalizados ao ordenamento interno com *status* de lei ordinária. Esse também sempre foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme será verificado em seguida.

Com o intuito de resolver a problemática trazida pela criação do § 3º do art. 5º da CRFB, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em 03 de dezembro de 2008, no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, com base no voto do ministro Gilmar Mendes (Brasil, 2008), por criar o caráter *supralegal* aos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. A justificativa para essa decisão foi de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, apesar de serem normas infraconstitucionais, possuem um caráter especial, por conta de sua matéria, em relação aos demais atos normativos internacionais. O ministro refuta a constitucionalidade dos tratados da seguinte forma:

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que a discussão em torno do status constitucional dos tratados de Direitos Humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional nº 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § terceiro ao art. quinto [...] (Brasil, 2008).

Porém, em seguida, o ministro Gilmar Mendes pondera que no atual contexto é preciso observar a maior abertura do Estado Constitucional às ordens jurídicas de proteção aos Direitos Humanos. Dessa forma, estaria a jurisprudência do Pretório Excelso defasada. Para corrigir isso, o ministro afirma:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de Direitos Humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre Direitos Humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade* (Brasil, 2008).

Segundo Piovesan (2012, p. 87), em 2008 o STF, com a decisão supracitada, rompeu com a jurisprudência anterior, que desde 1977, colocava os Tratados Internacionais na mesma hierarquia das leis ordinárias. Segundo a autora essa paridade operava em favor da lei, em caso de conflito entre normas, a lei poderia revogar o tratado, mas o contrário não era possível. Nesse sentido, é possível verificar a ementa do RE 80.004/SE, de 1977, de relatoria do ministro Xavier de Albuquerque, que decidiu, em conflito de lei nacional com tratado internacional, que o tratado não se sobrepõe à lei nacional.

Convenção de Genebra, lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias – aval apostado a nota promissória não registrada no prazo legal – impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei 427, de 22.01.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre as letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às lei do país, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Dec-Lei n 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do Direito Cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso Extraordinário Conhecido e Provido. (Brasil, 1977, grifo nosso)

O caráter de *supralegalidade* dessas normas é muito mais próximo à teoria Monista, pois não depende de qualquer ato do Congresso Nacional para sua internalização e aplicabilidade no Estado brasileiro, tendo como base a aplicabilidade imediata, conforme o § 1º do art. 5º e a não exclusão dos direitos e garantias decorrentes dos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, conforme redação do § 2º do mesmo artigo.

Dar aos tratados condição de norma superior às leis internas dos países vem ao encontro do que dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, no qual determina que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” (Brasil, 2009). No entanto, os entendimentos doutrinários, apesar de convergirem no entendimento de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos estão acima da lei ordinária, ainda divergem quanto a categoria em que configuram no ordenamento jurídico pátrio.

Importante salientar que o então ministro do STF, Celso de Mello, alterou o seu entendimento em relação aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, no julgamento do HC 87.585/TO: “Após muita reflexão [...], inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de Direitos Humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica [...]” (Brasil, 2009).

Parte da doutrina defende, como visto, o *status* constitucional a essas normas, outros autores defendem, conforme atual entendimento do STF, o caráter de norma *supralegal*, ou seja, os tratados estão acima da lei ordinária, porém ainda são normas infraconstitucionais. Há, porém, mais uma forma de hierarquização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a chamada *supraconstitucionalidade*, com menor adesão entre os autores brasileiros.

Segundo Gomes e Mazzuoli (2009, p. 15), a *supraconstitucionalidade* dos tratados era defendida no Brasil pelo professor Celso D. de Albuquerque Mello, que afirmava “ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que a norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada” (*apud* Gomes; Mazzuoli, 2009, p. 15).

Ainda conforme ensinam Gomes e Mazzuoli (2009, p. 16), possuem caráter *supraconstitucional* os tratados de natureza *centrífuga*, ou seja, aqueles que conduzem um Estado ou sujeito a um órgão jurisdicional global, como por exemplo a Corte Internacional

de Justiça. Para os autores não haverá qualquer tipo de conflito entre essas normas e as constituições nacionais, pois possuem diferentes objetos, regulam situações distintas.

Portanto, verifica-se que existe no Brasil certa dificuldade em apontar a teoria de aplicabilidade das normas internacionais. Contudo, pode-se concluir quanto a isso que, conforme decisão do STF, no Brasil se aplica a teoria Dualista moderada.

Em termos de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, observa-se que há uma dualidade no entendimento sobre a internalização destes tratados e qual a sua hierarquia dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Havendo posições que defendem o caráter paritário às leis ordinárias, aqueles que defendem o caráter *supralegal*, constitucional, e até mesmo o posicionamento quanto a existência de tratados com caráter *supraconstitucional*.

Com as alterações realizadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, passou-se a uma nova discussão quanto a hierarquia das normas internacionais, principalmente aquelas relativas a Direitos Humanos. O entendimento dominante é de que os Tratados Internacionais que tratam de Direitos Humanos possuem caráter constitucional, em razão da relevância de sua matéria, porém, o STF entende que os tratados não internalizados pelo rito do § 3º do art. 5º não possuem a mesma hierarquia constitucional, apesar de serem superiores as demais normas infraconstitucionais, conferindo a essas normas o caráter de *supralegalidade*. Dessa forma, prejudicando o entendimento de que o Brasil adota a teoria Dualista, pois neste caso, em se tratando de norma internacional de Direitos Humanos, não necessitaria de qualquer internalização para aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio.

3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE

Conforme visto no capítulo anterior, os tratados de Direitos Humanos não internalizados pelo quórum qualificado, segundo o STF, possuem natureza infraconstitucional. No entanto, como apontado, diversos doutrinadores defendem a natureza jurídica de norma constitucional, principalmente em razão de sua matéria, também é defendida com base no disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal e no artigo 27 da Convenção de Viena. Nesse sentido, afirma Avelar e Proner (2001, p. 73):

Com efeito, a despeito de possível (e errônea) interpretação que se possa dar a respeito dos tratados de Direitos Humanos firmados e vigentes antes 08/12/2004, não há dúvida em afirmar que a alteração constitucional em

nada desconstituiu o que foi fundamentado acima, ou seja, de que os tratados de Direitos Humanos permanecem dispostos de natureza jurídica de norma constitucional e com vigência imediata, fazendo-se prevalecer uma interpretação condizente aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e prevalência dos Direitos Humanos.

Esse entendimento da Suprema Corte brasileira pode acarretar problemas na interpretação das normas e, por conseguinte, na sua aplicabilidade no ordenamento jurídico interno. Uma vez que, a justificativa na supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais está na contramão, segundo Mazzuoli (2009, p. 92), do cada vez mais difundido princípio da supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja anterior ou posterior à norma externa.

Além disso, de acordo com o entendimento do STF, o tratado de natureza *supralegal* possui a capacidade de paralisar a eficácia jurídica de qualquer normativa infraconstitucional. Conforme o voto do ministro Gilmar Mendes (Brasil, 2008): “[...] a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. quinto, inciso LXVII) não foi revogada, [...] mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria [...]” (grifo nosso). Esse entendimento acaba gerando um paradoxo, pois o tratado não tem natureza constitucional, mas ao mesmo tempo ele pode de forma indireta retirar a aplicabilidade de texto constitucional.

Conforme explica Maliska (2008, p. 118), segundo o entendimento dos ministros do Supremo, as disposições constitucionais consideradas de caráter autoaplicável, ou seja, que não dependem de norma regulamentadora, sempre prevalecerão sobre os tratados. Já os dispositivos constitucionais de aplicabilidade limitada, aqueles que necessitam de norma regulamentadora, teria sua eficácia jurídica paralisada pelo tratado *supralegal*.

De acordo com Carvalho (2012, p. 59-60), os Direitos Humanos ultrapassaram as fronteiras estatais, transcenderam os limites da soberania estatal e registram o fim de uma era em que o Direito Internacional se restringia às regulamentações das relações estritamente estatais. Ainda segundo o autor (2012, p. 63), é muito importante a compreensão da universalidade dos Direitos Humanos, a transnacionalidade das proteções a esses direitos reflete o caráter internacional do sistema, desta forma, onde quer que esteja o ser humano sempre possuirá as garantias fundamentais, independentemente da vontade de determinado Estado.

Explica Casella (2014, p. 391) que o Direito Internacional após ser internalizado não perde a sua natureza, nem mesmo se reduz ao direito interno, porque a sua criação, o seu âmbito de aplicação e seus critérios de interpretação precisam ser diversos, pois existem vários Estados contratantes da norma, que os obriga na esfera nacional e internacional. Visto que, soberana e livremente optaram por sua vigência e aplicabilidade.

Já para Rezek (2014, n. p.), em sentido contrário, no caso de conflito de norma de direito interno e tratado, afirma que a primazia do Direito Internacional em relação ao direito interno é uma construção doutrinária, não sendo positivada no ordenamento jurídico internacional. Diante disso, dificilmente o ordenamento jurídico interno desprezaria a segurança e estabilidade de suas próprias normas em relação aos compromissos normativos externos. Assim, em caso de conflito entre constituição e norma internacional, deveria, no entendimento do autor, prevalecer a norma pátria, mesmo que isso acarrete ilícito internacional, a qual deve o Estado responder.

Rezek (2014, n. p.) também assenta que somente não se coloca em dúvida a prevalência de tratado em relação ao direito interno infraconstitucional, quando estas leis são anteriores à promulgação do tratado. Portanto, para este autor, os tratados que não são formalmente constitucionais estão sujeitos ao controle de constitucionalidade.

Na explicação de Ferrer Mac-Gregor (2010, p. 159), com o advento do Direito Internacional dos Direitos Humanos depois da Segunda Grande guerra, atenta-se para as repercussões transcendentais dos Estados, que implicam nova e complexas relações nos anos pós-guerra, que faz com que surja na doutrina o controle de convencionalidade. Isso ocorre porque se inicia um processo de internacionalização do Direito Constitucional, ou seja, o Direito Internacional, antes fundamentado nas relações entre Estados, passa a proteger direitos individuais, mais notadamente os Direitos Humanos.

Segundo Piovesan (2012, p. 87), o julgamento realizado no RE 466.343/SP impactou a jurisprudência nacional conferindo aos tratados de Direitos Humanos regime privilegiado no ordenamento jurídico brasileiro, o que propiciou a incorporação de sistemas de proteção a esses direitos no âmbito interno e o advento do controle de convencionalidade.

Explica Nash (2017, p. 3) que o controle de convencionalidade tem aplicação no âmbito nacional e internacional. No âmbito internacional é realizado, por exemplo, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos de normas contrárias à Convenção Americana de Direitos Humanos, a partir de casos concretos que se submetem à Corte.

No âmbito interno, esclarece Nash (2017, p. 3), o controle de convencionalidade deve ser realizado pelos agentes do Estado, principalmente, mas não exclusivamente, pelos operadores do direito, que devem analisar a compatibilidade das normas internas com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Ainda segundo o autor, o exercício deste controle tem uma série de consequências, como a perda de eficácia das normas contrárias à Convenção, a interpretação das normas internas de acordo com a Convenção, o ajuste da atuação dos órgãos legislativos e executivos conforme às obrigações do Estado, a modificação de práticas dos órgãos estatais para que estejam em conformidade com as normas que protegem os Direitos Humanos, dentre outras formas de concretização desses direitos.

Da mesma forma, atesta Piovesan (2012, p. 90), quando afirma ser pressuposto básico da existência do controle de convencionalidade a hierarquia superior das normas internacionais de Direitos Humanos em relação à legislação ordinária. Adiciona-se a isso o fato de que quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal se comprometem e se vinculam ao tratado.

Na visão de Ferrer Mac-Gregor (2010, p. 170), isso ocorre pela chamada constitucionalização do Direito Internacional, dessa forma, se outorga hierarquia constitucional aos tratados de Direitos Humanos. Segundo o autor, diversos Estados latino-americanos passaram a aceitar esse entendimento, superando o clássico entendimento de equiparação legal, são exemplos de alguns desses estados, a Argentina, o Chile, a Colômbia, a Costa Rica, o Peru e o Paraguai. Existem também países que conferem caráter *supraconstitucional* a instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, a exemplo das Constituições de Bolívia e do Equador.

Assim, a lógica de funcionamento do controle de convencionalidade interno, ou seja, aquele realizado pelo próprio Estado, segundo explica Bazán (2012, p. 212), seria de acordo com o critério fixado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com base na sua jurisprudência, e através do controle de convencionalidade no âmbito interno os órgãos jurisdicionais internos aplicam aos casos concretos. Desta forma, a carga de ações da Corte Interamericana seria aliviada, de modo que diversos casos podem e devem ser assumidos por magistrados e demais autoridades competentes dos órgãos internos.

A título de exemplificação, o controle de constitucionalidade realizado no Brasil pode ser classificado quanto ao órgão jurisdicional que exerce o controle. Conforme explica

Barroso (2012, n. p.), o controle poderá ser difuso quando qualquer juiz ou tribunal pode reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, a não aplicação no caso concreto. E, além disso, poderá ser pela via concentrada, no qual o controle é exercido por um órgão ou certo número de órgãos que possuem o controle como sua principal função.

As normas internas infraconstitucionais de um país passam pelo crivo de constitucionalidade através dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade, ou seja, para serem consideradas eficazes precisam estar de acordo com a Constituição Federal. No Brasil, a competência para realizar o controle de constitucionalidade concentrado é exclusivamente do Supremo Tribunal Federal, conforme determina o art. 102, inciso I, da Constituição Federal, seguindo a regulamentação do seu procedimento pela Lei nº 9.869/1999.

De igual modo deve ser realizado o controle dos tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, já que estão implementados no ordenamento brasileiro, seja com natureza constitucional ou *supralegal*.

Assim sendo, o controle de convencionalidade permite avaliar se a legislação brasileira é compatível com os tratados ratificados. Conforme clarifica Mazzuoli (2009, p. 109): “[...] não basta que a norma de direito doméstico seja compatível apenas com a Constituição Federal, devendo também estar apta para integrar a ordem jurídica internacional sem violação de qualquer de seus preceitos”. Verifica-se a conformidade de norma interna com os tratados de Direitos Humanos através do controle de convencionalidade.

Assim como o controle de constitucionalidade, o controle que possui como paradigma os Tratados Internacionais de Direitos Humanos também são classificados em controle concentrado e controle difuso de convencionalidade.

1.1 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDADE

Assim como o STF é, no Brasil, o órgão jurisdicional competente para fazer o controle concentrado de constitucionalidade, conforme já verificado, o controle concentrado de convencionalidade também possui órgãos competentes para fazê-lo no âmbito internacional.

Segundo explica Ferrer Mac-Gregor (2010, p. 173), o controle de convencionalidade possui duas manifestações, uma de caráter concentrada, esta realizada pela Corte

Interamericana de Direitos em âmbito internacional, e outra de caráter difusa, esta em âmbito interno, realizada pelos juízes nacionais.

Ainda segundo Ferrer Mac-Gregor (2010, p. 173), o controle de convencionalidade justifica a existência da Corte Interamericana, que deve realizar a análise de compatibilidade entre o ato de violação e o Pacto de San José da Costa Rica.

Hitters (2009, p. 118) ressalta que a Corte Interamericana entendia inicialmente que não era possível fazer o controle de normas que fossem aplicadas em um caso concreto. No entanto, o tribunal mudou o seu entendimento, passando a entender que possui o poder de fazer o controle de convencionalidade de normas locais, mesmo em caráter abstrato.

Portanto, o atual entendimento da Corte é de que além do controle de convencionalidade em casos concretos, admite-se o controle de forma abstrata. Nessa esteira, Hitters (2009, p. 119) sintetiza:

[...] podemos decir que en las últimas épocas ese Tribunal efectuó como siempre el control de convencionalidad de los preceptos del derecho doméstico aplicados al caso concreto; y también de aquellas reglas que habiendo sido sancionadas –y vigentes– no hubieran sido utilizadas en una causa determinada.

Elucida Moreira (2015, p. 259) que o controle concentrado de convencionalidade é a investigação de compatibilidade do direito estatal em relação aos tratados de Direitos Humanos. Essa investigação é realizada pelos tribunais e cortes internacionais, através de ação direta, de caráter abstrato, com efeitos *erga omnes e ex tunc*.

Está claro que, com base em diversos autores latino-americanos e no entendimento da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, o controle de convencionalidade no caso concreto pode e deve ser feito por todos os órgãos jurisdicionais de direito interno e internacional. E, em princípio, o controle abstrato, é realizado pelas cortes internacionais.

No entanto, para Mazzuoli (2009, p. 113-114) estão equivocados os entendimentos que afirmam que o controle de convencionalidade é exercido somente por tribunais internacionais. E, da mesma forma, estão enganados os que acreditam que o controle de convencionalidade é somente assimilável ao controle de constitucionalidade quando as disposições convencionais e constitucionais forem materialmente idênticas.

Seguindo essa direção, entende Moreira (2015, p. 259) que pode o Supremo Tribunal Federal realizar o controle de convencionalidade concentrado, ou abstrato. Para lograr esse

entendimento o autor se baseia no entendimento de que com a Emenda Constitucional nº 45/2004, os tratados de Direitos Humanos internalizados pelo rito qualificado, possuem natureza material e formal de norma constitucional.

No mesmo sentido é o que argumenta Mazzuoli (2009, p. 124), pois se a Constituição brasileira admite que os tratados de Direitos Humanos sejam alçados ao *status* de emenda constitucional, quando passam pelo rito do § 3º do art. 5º da Constituição, é lógico que também vai garantir a essas normas os meios de se proteger da contrariedade de normas infraconstitucionais. Ou seja, para o autor são aplicáveis as ações diretas de controle de constitucionalidade para garantir a compatibilidade de norma infraconstitucional aos tratados de Direitos Humanos, para o controle de convencionalidade.

Ainda segundo o autor (2009, p. 125), não é só o direito infraconstitucional que pode sofrer à investigação quanto à sua compatibilidade com norma internacional. Assim como as normas constitucionais podem ser consideradas inconstitucionais, quando contradizem o núcleo intangível da constituição. Pode, portanto, essa mesma norma constitucional ser levada ao controle concentrado de convencionalidade por desrespeitar tratado internacional de Direitos Humanos, uma vez que esses direitos também fazem parte do bloco de direitos fundamentais, e assim sendo, estão ao lado das cláusulas pétreas da Carta Magna.

Esse entendimento não é unânime. Ferrer Mac-Gregor (2010, p. 173), afirma que o controle concentrado é realizado somente pelas cortes internacionais. Acrescenta Moreira (2015, p. 261) que o entendimento do controle concentrado pelas Cortes Constitucionais não encontra adeptos na doutrina latino-americana, que enxergam como dever desses órgãos exercer o controle de convencionalidade das normas internas, tendo como paradigma os tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Estado.

Além do controle concentrado, existe o controle de caráter difuso, conforme afirmar Ferrer Mac-Gregor (2010, p. 175-176) que deve ser realizado pelos juízes e órgãos jurisdicionais nacionais, dos Estados que aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Conforme explica Hitters (2009, p. 119) depois de algumas decisões da Corte Interamericana, como por exemplo a do caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, não deve somente o tribunal internacional levar a cabo o controle convencional, mas também os juízes podem e devem realizar o controle, antes que o pleito chegue às instâncias internacionais,

uma vez que, a intervenção dos órgãos internacionais é subsidiária. Em tese, deve-se esgotar as instâncias internas.

1.2 O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE

Conforme mencionado, o controle de convencionalidade segue, em linhas gerais, os mesmos fundamentos do controle de constitucionalidade. Da mesma forma ocorre com o controle difuso, ou seja, qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito no caso concreto.

No ensinamento de Ferrer Mac-Gregor (2010, p. 176), o controle difuso de convencionalidade é um dever dos juízes nacionais de fazer um exame da compatibilidade das disposições de leis e atos internos tendo como paradigma os Tratados Internacionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O mesmo autor (2010, p. 177) ressalta que os juízes não são simples aplicadores das normas internas, possuem a obrigação de fazer uma interpretação em conformidade com as Convenções ratificadas pelo seu país, verificando se as leis aplicadas em seu país possuem compatibilidade com as normas internacionais. O contrário poderia produzir uma violação internacional, acarretando possível responsabilização do Estado em âmbito internacional.

No mesmo sentido afirma Moreira (2015, p. 255):

Depreende-se das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e das poucas lições doutrinárias existentes sobre a temática ora estudada, que há total possibilidade, porque não dizer obrigação, dos magistrados estatais efetuarem o controle jurisdicional de convencionalidade pela via difusa. Inclusive, da mesma forma do controle jurisdicional de constitucionalidade, sustenta-se a possibilidade do Juiz, de ofício, controlar a convencionalidade das leis e atos pela via difusa.

O autor segue constata ainda (2015, p. 255) que o magistrado nacional possui um poder-dever de conhecer os tratados de Direitos Humanos, para que possa efetuar o controle de convencionalidade, mesmo quando as partes do caso concreto não tiverem suscitado o controle.

Mazzuoli (2009, p. 111) afirma que os juízes e tribunais nacionais não precisam de qualquer autorização internacional para realizar o controle de convencionalidade no caso concreto. Assim que o tratado for incorporado ao ordenamento interno e estiver em vigor no

âmbito internacional, sem qualquer condição posterior, podem e devem compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados vigentes.

Em se tratando de lei anterior ao tratado internacional e com ele conflitante, explica Moreira (2015, p. 256), que se aplica a teoria da derrogação da norma mais antiga, prevalecendo a mais nova, *lex posterior derogat priori*. É diferente quando a legislação ordinária que contraria a norma internacional de Direitos Humanos é posterior a esta. Neste caso, deverá ser considerada inválida, por ser eivada de vício de *inconvencionalidade*.

Explica Mazzuoli (2009, p. 112) que, apesar da doutrina nacional não ter feito qualquer menção à terminologia *controle de convencionalidade*, o controle difuso existe na Constituição Federal de 1988, em seu texto original do art. 105, III, a:

Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...]
III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:
a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; [...] (Brasil, 1988, grifo nosso).

Como se observa, o controle de convencionalidade difuso, por parte dos juízes e tribunais nacionais, é uma obrigação no Brasil em razão de dois motivos concretos. Primeiro, porque o país aceitou a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e é signatário do Pacto de San José da Costa Rica. E segundo, pois a própria Carta política nacional confere essa competência, através de Recurso Especial, ao Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Corroborando, Hitters (2009, p. 124) afirma que a inspeção de compatibilidade com as convenções de Direitos Humanos deve ser feita todo o material normativo do país, seja ele administrativo, legislativo ou tenha qualquer outro caráter. Portanto, os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao tratado ratificado pelo Estado, de forma que estão obrigados a zelar para que seus efeitos não sejam submetidos pela aplicação de normas contrárias ao seu objetivo. E acrescenta que “*Esta verificación de convencionalidad tiene un carácter difuso ya que cada uno de los magistrados locales puede y debe cumplir la tarea, sin perjuicio de la postrera intervención de la Corte Interamericana*” (Hitters, 2009, p. 124).

Consequentemente, pode-se depreender que o controle difuso de convencionalidade é um poder-dever dos agentes do Estado que se comprometeu com tratado internacional de

Direitos Humanos, devendo fazer com que sua aplicabilidade seja concreta no âmbito do direito interno.

Isso posto, compreende-se que as normas internacionais de Direitos Humanos possuem primazia em relação as demais normas de direito interno. Existe controvérsia quanto esta primazia em relação às normas constitucionais, porém cada vez mais caminha-se para a assimilação de que as normas de Direitos Humanos, por sua natureza imperativa (*jus cogens*), estão acima das demais.

Dessa forma, deve haver uma forma de controle que garanta a aplicabilidade e a eficácia das normas de Direitos Humanos no direito interno, seja ele difuso ou concentrado.

Atualmente, a Suprema Corte do Brasil adota o entendimento da primazia da norma constitucional. Assim, conferiu caráter de *supralegalidade* aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo país, mas não internalizados pelo rito qualificado do § 3º do art. 5º da Constituição Federal.

Existem entendimentos divergentes quanto à natureza jurídica dos tratados de Direitos Humanos. Há aqueles que entendem que mesmo as normas que possuem caráter *supralegal*, têm *status* material de norma constitucional e aqueles que defendem que, apesar de serem normas superiores às demais normas infraconstitucionais, são elas também inferiores à Constituição Federal.

Por isso, o próximo item trata do controle de convencionalidade dessas normas no direito brasileiro. Se poderia o STF realizar o controle concentrado de convencionalidade. Ou então, se deveria fazer a compatibilização das normas internas com as normas internacionais através do controle difuso. Problemática que será aprofundada em seguida, devido ao atual entendimento da Suprema Corte brasileira de que os tratados não internalizados pelo rito qualificado, não possuem natureza de norma constitucional.

4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO STF DE TRATADO DE DIREITOS HUMANOS DE CARÁTER *SUPRALEGAL*

Conforme observado, os juízes e tribunais brasileiros devem fazer o controle de convencionalidade da mesma forma que fazem o controle de constitucionalidade, havendo a possibilidade de o fazerem de forma difusa ou concentrada, neste caso, em tese, pelo STF. Desta forma, o controle de convencionalidade é, atualmente, uma obrigação dos juízes

nacionais, que devem verificar se, no caso concreto, as leis domésticas são compatíveis com as normas internacionais de Direitos Humanos.

Assim sendo, os juízes podem e devem fazer o controle difuso de convencionalidade tanto daqueles tratados internalizados, conforme a sistemática da Emenda Constitucional nº 45/2004, quanto daqueles que foram somente ratificados pelo Brasil.

No que concerne ao controle concentrado de convencionalidade, importa anotar que o entendimento majoritário é de que este tipo de controle é realizado por tribunais internacionais. Como por exemplo, no caso do continente americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Poucos autores, como Mazzuoli (2009, p. 113-114) e Moreira (2015, p. 259), entendem que o controle concentrado pode ser feito pelo STF, via Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade.

No entendimento minoritário, para que fosse cabível uma ADC ou ADI, o tratado de Direito Humanos deveria ser internalizado ao ordenamento jurídico brasileiro através do rito do § 3º do art. 5º da Constituição Federal. Atualmente, o único tratado aprovado nessa condição é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada em 2006, em Nova York, e internalizada em 2009, através do Decreto nº 6.949/09.

Destarte, considerando o entendimento majoritário, a Suprema Corte brasileira somente poderia realizar o controle de convencionalidade na via difusa. Isso quer dizer que, somente quando um caso concreto em que na prática houve alguma violação de ato jurídico interno em relação à norma internacional de Direitos Humanos e que esse fato fosse levado ao STF, é que poderia a mais alta corte do país realizar a compatibilidade das normas.

O Supremo Tribunal Federal ainda não foi provocado com alguma ação para o controle concentrado de convencionalidade. Os acórdãos que são mencionados o controle de convencionalidade também ressaltam o controle de constitucionalidade, ou seja, as ações julgadas pelo Supremo se referem a normas que vão de encontro tanto com tratados, quanto com algum outro dispositivo da Constituição. Por exemplo, no Agravo Regimental, no Recurso Extraordinário com Agravo 860.979/DF, o ministro relator, Gilmar Mendes, apresenta como fundamento do seu voto para negar provimento ao agravo: “[...] (iii) a constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade” (Brasil, 2015 – grifo nosso). Dessa forma, foram apresentados argumentos que ferem tanto a Constituição Federal, quanto a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Em relação ao tratado internacional de Direitos Humanos não internalizado pelo quórum qualificado, em razão de seu *status* de *supralegalidade*, entendeu, por exemplo, a Suprema Corte brasileira, no julgamento da ADI 5.240/SP que não é possível o controle abstrato em face de norma infraconstitucional, ainda que de caráter *supralegal*. Em plenário afirmou o ministro relator, Luiz Fux: “tecnicamente entendi que a fundamentação trazida foi do confronto do provimento com a norma *supralegal*, e não com a Constituição Federal, e, portanto, não haveria aí fundamento para o controle de constitucionalidade.” (Brasil, 2015). Entende-se, portanto, que não caberia o controle abstrato em se tratando de norma não internalizada pelo rito especial da CRFB/1988.

Esse é também o entendimento de Mazzuoli (p. 112, 2009), ao afirmar que os parâmetros de controle concentrado no Brasil agora são a Constituição Federal e os tratados de Direitos Humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Assim sendo, para ser paradigma de controle concentrado, o tratado precisa ser internalizado pelo rito qualificado previsto na Constituição, conferindo-lhes caráter formal de norma constitucional.

Assim, em se tratando tratados com caráter formal de norma constitucional, apesar de não haver jurisprudência do STF, entende-se que estes poderiam ser paradigma de ADI ou ADC. A problemática surge quando a análise de norma de natureza *supralegal* chega como demanda de controle difuso ao Supremo, pois trata-se de norma materialmente constitucional, mas não formalmente.

No julgamento da ADI 5.240, na exposição de voto do ministro Teori Zavascki fica assentado que:

A questão surgiu com a Emenda nº 45, que veio a conferir certas características especiais às convenções sobre Direitos Humanos. Essa convenção foi anterior à Emenda nº 45, por isso que se gerou debate. Mas, mesmo que seja considerada, como reza a jurisprudência do Supremo, uma norma de hierarquia *supralegal* (e não constitucional), penso que o controle - que se poderia encartar no sistema de controle da convencionalidade - deve ser exercido para aferir a compatibilidade da relação entre uma norma *supralegal* e uma norma legal. E o exercício desse controle só pode ser da competência do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2015 – grifo nosso).

Logo, nesta visão, seria de competência do Supremo Tribunal Federal fazer o controle de convencionalidade, mesmo que de norma com hierarquia *supralegal*. Porém, tratando-se de

normas internacionais que foram apenas ratificadas pelo Brasil, existe divergência quanto a apreciação pela Suprema Corte, principalmente se consideradas as formas que um caso concreto pode chegar a ser apreciado por esta corte. Essencialmente através de Recurso Extraordinário, conforme determina o inciso III do art. 102 da CF, compete ao STF:

- III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
 - b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
 - c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
 - d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (Brasil, 1988).

Aqui a questão é, se no caso de tratados não internalizados pelo quórum qualificado, seria possível o ingresso com Recurso Extraordinário, considerando o caráter de *supralegalidade*, conforme a decisão do STF no RE nº 466.343-1/SP. As normas relativas a Direitos Humanos, que foram somente ratificadas, ficam à margem da Constituição Federal, possuindo matéria relevante e de caráter constitucional.

Constata-se que no rol de competências do Recurso Extraordinário a única delas que versa sobre tratado é a alínea *b* do inciso III, art. 102 da CF. Porém, ao expor sobre tratados coloca eles como passíveis de julgamento somente quando forem declarados contrários à Constituição Federal. Nesse sentido, afirma Maliska (2008, p. 119):

Ou o Tratado está em nível constitucional, assim a interpretação favorável a ele é dada pela maior deferência aos Direitos Humanos que confere o documento internacional se comparado com o texto interno, ou o Tratado está em nível infraconstitucional, sendo inconstitucional por violação ao disposto na Constituição. Aqui a regra da hierarquia tem preferência sobre a regra da aplicação mais benéfica.

Portanto, não há discussão quanto a possibilidade do STF, da mesma forma como faz com emendas constitucionais, declarar a inconstitucionalidade de Tratados Internacionais. Destaca Moreira (2015, p. 238) que no Estado brasileiro subsiste o entendimento que em caso de conflito da Constituição com Tratados Internacionais, prevalecerá a supremacia da Carta Magna. Moreira (2015, p. 239) ainda acrescenta o destaque para a tese que defende a aplicação da norma mais favorável aos Direitos Humanos em caso de conflito entre a

Constituição e normas internacionais. Trata-se da aplicação do princípio de Direito Internacional *pro homine*.

No entanto, para maior efetividade na proteção das normas relativas a Direitos Humanos é necessário que essas normas possuam um tratamento especial devido sua importância. Corrobora com esse entendimento os ensinamentos de Piovesan (2012, p. 89):

É neste contexto — marcado pela tendência de Constituições latino-americanas em assegurar um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados — que se insere o desafio de encorajar todos os textos constitucionais latino-americanos a incluírem cláusulas abertas a conferir aos tratados de Direitos Humanos *status* hierárquico constitucional (Grifo nosso).

Consoante observado no capítulo anterior o controle difuso de convencionalidade já está previsto na Constituição Federal de 1988, embora não com essa terminologia, conforme determina o art. 105, III, a da Lei Maior. O dispositivo confere ao STJ a guarda dos Tratados Internacionais, através de Recurso Especial, independentemente de sua temática ou hierarquia no ordenamento interno.

Conforme bem explica Barroso (2012, n. p.), em circunstâncias normais, não haverá discussão de matéria constitucional em Recurso Especial, pois o seu objeto envolve apenas questões infraconstitucionais. No entanto, conforme afirma Ferrer Mac-Gregor (2010, p. 171), a incorporação dos Direitos Humanos como fonte dos Direitos Fundamentais das constituições nacionais resulta em um “Bloco de Constitucionalidade”. Esse bloco vem sendo ampliado com os direitos previstos em Tratados Internacionais, através da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Na mesma linha de raciocínio, Piovesan (2009, p. 347) explica que todos os tratados de Direitos Humanos, independentemente do seu quórum de aprovação, são materialmente constitucionais, compondo assim, o “Bloco de Constitucionalidade”. Seguindo esse pensamento, esclarece Moreira (2015, p. 167) que normas que não alteram o texto da Constituição também fazem parte desse bloco.

Observa Ferrer Mac-Gregor (2010, p. 178) que os alcances do controle de convencionalidade não são algo novo. Na verdade, com a constitucionalização do Direito Internacional, através de reformas constitucionais ou avanços da jurisprudência constitucional, as normas de Direitos Humanos previstas em tratados passam pertencer ao

chamado “Bloco de Constitucionalidade”. Assim, as normas materialmente constitucionais estão além das meramente escritas e dos princípios explícitos ou implícitos no corpo normativo da Constituição.

Assim, afirma Mazzuoli (2009, p. 131) que o controle de convencionalidade se dá pela compatibilização das normas de direito interno com tratados de Direitos Humanos, que eles sejam material ou formalmente constitucionais. Pode-se inferir esse entendimento, justamente por essas normas estarem contempladas no “Bloco de Constitucionalidade”.

Além disso, conforme expõe Casella (2014, p. 393), equiparar tratado internacional, seja ele de qualquer tipo, à lei interna, sujeitando-o a alterações posteriores do direito nacional, configura um erro técnico. Pois, o tratado configura norma de Direito Internacional por haver uma obrigação perante vários Estados signatários, subordinar esse acordo de âmbito internacional às normas internas prejudica o próprio sentido de Direito Internacional.

Expõe Moreira (2015, p. 257) que o controle de convencionalidade poderá ser realizado através de Recurso Extraordinário, inclusive poderá ser conferido o efeito *erga omnes* no controle difuso. O mesmo autor (2015, p. 258) ainda afirma que:

compete ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo de tratado internacional de Direitos Humanos, independentemente do rito de incorporação; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de Tratados Internacionais de Direitos Humanos; e julgar válida lei local contestada em face de tratado internacional;

Porém, Mazzuoli (2009, p. 113) reitera que o controle de convencionalidade é coadjuvante do controle de constitucionalidade, não subsidiário. Denomina isso como duplo exame de compatibilidade material vertical. No qual, o texto da Constituição e o texto da convenção são materialmente diferentes e, por isso, deve ser feita a análise de constitucionalidade e a análise de convencionalidade da norma.

Assim, o Recurso Extraordinário, nos termos do art. 102, III, a da CRFB: “III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição” (Brasil, 1988). Caberia para realizar o controle difuso de convencionalidade, quando os textos da Constituição e do tratado internacional de Direitos Humanos forem diferentes, porém, não contrários ou

conflitantes. Isso em razão do caráter materialmente constitucional de todos os tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente com a decisão do RE nº 466.343-1/SP, que conferiu caráter de *supralegalidade* às normas internacionais de Direitos Humanos apenas ratificadas pelo Brasil, é difícil depreender que o STF aceite o entendimento de ser cabível o Recurso Extraordinário para realizar o controle de convencionalidade em caso concreto, quando a norma internacional contrariar o exposto na Constituição. Pois, atualmente se aplica o princípio da supremacia da Constituição e o próprio Supremo Tribunal já manifestou o seu entendimento de que os tratados de Direitos Humanos apenas ratificados não compõe o “Bloco de Constitucionalidade”.

Piovesan (2009, p. 348) argumenta que em favor da natureza constitucional dos tratados de Direitos Humanos. A globalização tem implicado a aberturas das constituições para a normatização internacional de direitos fundamentais. O exemplo no Brasil é o § 2º do art. 5º que afirma que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (Brasil, 1988).

Dessa forma, explica a autora (2009, p. 348) que essa abertura constitucional proporcionou a incorporação preceitos enunciadores de direitos fundamentais, e apesar de serem decorrentes de fonte internacional, possuem inegável natureza constitucional. O entendimento contrário é admitir que existem duas categorias diferentes de direitos fundamentais, aqueles com natureza constitucional e aqueles com natureza infraconstitucional.

Ao considerar o Direito Internacional dos Direitos Humanos como normas de natureza constitucional, por serem parte do chamado “Bloco de Constitucionalidade”, é possível entender que o controle de convencionalidade deve ser realizado por todos os juízes e tribunais nacionais. Ainda mais se for considerada a cláusula aberta da Constituição Federal no disposto no art. 5º, § 2º, que coloca os tratados de Direitos Humanos no mesmo patamar dos demais direitos fundamentais expostos na Lei Maior.

A atual interpretação do parágrafo terceiro do art. 5º da Constituição Federal pode vir a criar obstáculos na aplicação imediata de normas internacionais relacionadas aos Direitos Humanos. Dessa forma, conflitando diretamente com o texto originário da Constituição de 1988. Como visto anteriormente, os Direitos Humanos são considerados garantias

fundamentais e possuem aplicação imediata, nos termos dos parágrafos primeiro e segundo do mesmo artigo.

Assim sendo, conforme explica Mazzuoli (2009, p. 33), o § 3º do art. 5º da Constituição Federal, seguindo a linha de diversas outras Constituições do mundo, deveria determinar de forma expressa que todos os tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil possuam hierarquia constitucional e aplicação imediata. Evitando-se assim, diversos problemas de interpretação das disposições constitucionais.

Conforme observado, o atual entendimento do STF não confere a todos os tratados de Direitos Humanos *status* constitucional, porém existe certa margem de mudança no próprio tribunal. Exemplo disso é o voto do ministro Celso de Mello no HC 87.585/TO em que altera o seu entendimento, passando a conferir às normas internacionais a natureza jurídica de norma constitucional.

Há ainda que se ressaltar que o Brasil pode incorrer em descumprimento de norma internacional, que foi aceita e internalizada por diversos países. Isso pode acarretar punições ao país, pelo descumprimento de tratados e de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o qual o Estado brasileiro aceitou a jurisdição.

Portanto, em razão da matéria destas normas internacionais, do entendimento doutrinário sobre o valor hierárquico das normas internacionais de Direitos Humanos e, principalmente, considerando o que a própria Constituição Federal diz em seu art. 5º, parágrafos primeiro e segundo, pode e deve o STF fazer o controle de convencionalidade utilizando como paradigma normas internacionais de Direitos Humanos ratificadas pelo Brasil, mesmo que não internalizadas pelo rito estabelecido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há discussões doutrinárias sobre a internalização de Tratados Internacionais de Direitos Humanos e qual a sua hierarquia dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Havendo posições que defendem o caráter paritário às leis ordinárias, aqueles que defendem o caráter *supralegal*, constitucional, e até mesmo o posicionamento quanto a existência de tratados com caráter *supraconstitucional*.

Conforme visto, o atual entendimento da Suprema Corte é de que aqueles tratados de Direitos Humanos internalizados pelo rito especial do § 3º do art. 5º são normas de natureza constitucional. Já aqueles apenas ratificados possuem caráter *supralegal*. Mesmo assim, é possível defender o caráter materialmente constitucional de todos os tratados de Direitos Humanos, devido ao exposto no parágrafo segundo do art. quinto da CF, ao *status* de norma *jus cogens*, e a obrigação firmada pelo Estado brasileiro em relação aos outros Estados nacionais.

As formas de controle de convencionalidade podem ser realizadas na via difusa, ou seja, no caso concreto, ou na via concentrada, de forma abstrata. O entendimento majoritário é de que o controle abstrato é realizado somente por tribunais internacionais, criados especificamente para este fim, como por exemplo a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Já o controle difuso, no entendimento jurisprudencial da própria Corte Interamericana, deve ser feito por todos os juízes e tribunais do Estado signatário.

Por consequência do entendimento do STF quanto ao *status* dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento interno, é possível discutir a possibilidade de a Suprema Corte realizar o controle de convencionalidade de normas internacionais de natureza *supralegal*. No entanto, conforme observou-se, os tratados de Direitos Humanos possuem natureza materialmente constitucional, e para terem real validade precisam ser cumpridas por todos os Estados nacionais.

Por fim, constata-se que é dever de todos os juízos monocráticos e tribunais nacionais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, considerando o próprio texto constitucional nos parágrafos primeiro e segundo, do art. 5º, promover o controle convencional de normas de direitos fundamentais, observando como paradigma as normas internacionais de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Daniel; PRONER, Carol. A natureza jurídica dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos sua harmonização e aplicabilidade no ordenamento brasileiro. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/449/327>. Acesso em: 16 jan. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo : Saraiva, 2012.

BAZÁN, Víctor. Control de Convencionalidad, Aperturas Dialógicas e Influencias Jurisdiccionales Recíprocas. *Revista Direito Público*. nº 45 – maio-jun/2012 – seção especial – doutrina estrangeira. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2085>. Acesso em: 16 jan. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. Decreto nº 7030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 14 dez. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1480-3 Distrito Federal, Relator: Ministro Celso de Mello, Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 26 junho 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 5240 São Paulo, Relator: Ministro Celso de Mello, Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 20 agosto 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 19 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 860.9795240 Distrito Federal, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 14 abril 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8362463>. Acesso em: 19 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1 São Paulo, Voto-vogal do Ministro Gilmar Mendes. Relator: Ministro Cezar Peluso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 3 dezembro 2008. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80.004 Sergipe, Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 1 junho 1977; Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em: 15 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87.585-8 Tocantins, Relator Ministro Marco Aurélio Mello, Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 3 dezembro 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 15 jan. 2020.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A Constitucionalização e a Internacionalização dos Direitos Fundamentais. *Revista Direito Público* Nº 43 – Jan-Fev/2012. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2055>. Acesso em: 16 jan. 2020.

CASELLA, Paulo Borba. Internacionalização do Direito e Relações entre Direito Interno e Direito Internacional à luz da próxima ratificação pelo Brasil da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969. *In: GRUNDMANN, Stefan et al. (Org.). Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. cap. 16, p. 377-407.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. *In: FIX-ZAMUDIO, Héctor; VALADÉS, Diego. Formación y perspectiva del estado mexicano*. México: UNAM, 2010. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Tratados Internacionais: Valor Legal, Supralegal, Constitucional ou Supraconstitucional?. *Revista de Direito*. Vol. XII, nº 15, 2009. Disponível em: <http://pgsskroton.com.br/seer/index.php/rdire/article/view/1987/1890>. Acesso em: 15 jan. 2020.

HITTERS, Juan Carlos. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. COMPARACIÓN (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 7, n. 2, p. 109-128, 2009. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200005&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 17 jan. 2019. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200005>.

MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343-1. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 9, n. 2, p. 113-124, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1911>. Acesso em: 16 jan. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira*. Natal, RN : EDUFRN, 2015.

NASH, Claudio. Breve Introducción al Control de Convencionalidad. *In: Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 7: Control de Convencionalidad*. 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: EOS: Revista Jurídica da Faculdade de Direito – v.2 – n. I – ano II, artigo 03. Dom Bosco, 2008.

_____. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf). Acesso em: 15 jan. 2020.

_____. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público : curso elementar / Francisco Rezek. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

SALA, José Blanes. A Política Internacional e as Regras de Jus Cogens. *Revista Imes: Direito*, São Caetano do Sul, ano VIII, n. 13, p.29-36, jul./dez. 2007. Disponível em: http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/825. Acesso em: 14 jan. 2020.